

Bertrand Mathieu

L'ordre juridique national confronté au développement d'ordres juridiques supranationaux

La structure étatique, forme moderne d'organisation politique, s'est développée dans certains pays par la mutation d'un système féodal en système monarchique, dans une période plus récente, soit par l'éclatement d'Empires (Austro-Hongrois, soviétique...), soit par la mise en place d'une organisation fédérale réunissant des structures étatiques ou pré-étatiques relativement faibles (États-Unis, Allemagne), soit par des découpages plus ou moins artificiels opérés dans le cadre de la décolonisation.

La création d'un État, forme moderne de la société, se justifie par l'existence d'un Peuple installé sur un territoire et partageant des valeurs communes.

L'État est fondé sur la souveraineté, concept qui lui est consubstantiel. À la période contemporaine au niveau interne le modèle communément reconnu est le modèle démocratique qui suppose la souveraineté du Peuple, la souveraineté s'incarnant dans un pouvoir initial et inconditionné.

I. La remise en cause du cadre national

Cette situation, qui est, pour l'essentiel, l'objet du droit constitutionnel, est aujourd'hui bouleversée probablement plus profondément qu'il n'y paraît. Les facteurs sont nombreux et relèvent de logiques à la fois différentes et convergentes.

A/ La géopolitique et la logique « impériale »

D'abord on peut constater, d'un point de vue géopolitique, que la logique impériale se développe s'appuyant, notamment, sur la crise de la structure étatique. Cette construction doit être appréciée sous divers aspects et vous me permettrez quelques développements tendant à montrer qu'au-delà des analyses purement constitutionnelles, la morale, l'idéologie, le souverainisme, comme l'eupéanisme, ne suffisent pas à mesurer les enjeux de cette évolution.

L'Union européenne, dont les prémices datent de l'après seconde guerre mondiale, se créait à la fin d'un conflit qui avait ravagé l'Europe et dans le contexte d'une guerre froide qui divisait l'Europe entre sa partie occidentale et les territoires de l'Est rattachés au bloc soviétique. Si l'on observe la situation dans une plus large perspective, la structure étatique qui a marqué l'organisation du monde est remise en cause. Ainsi au Moyen Orient les structures étatiques mises en place de manière parfois artificielle, ne résistent pas à des interventions militaires qui, visant à mettre fin à de sanglantes dictatures, ne sont parvenues qu'à leur substituer une sanglante anarchie, et plus gravement encore la constitution de groupes terroristes qui constituent une menace mortelle pour l'Occident. En Europe, la structure étatique est remise en cause sous la pression de deux mouvements contraires mais convergents : le développement d'ordres juridiques supra nationaux plus ou moins intégrés (Union européenne mais aussi Convention européenne des droits de l'homme) et le développement de revendications autonomistes régionales qui minent certains États (Espagne, Belgique, voire Royaume Uni). Il est permis de constater que la fragilisation du cadre étatique conduit au développement d'un monde à la fois parcellisé et marqué par la reconstitution de logiques impériales. D'une certaine manière, en Europe, au modèle étatique français se substitue progressivement le modèle du Saint Empire romain germanique. Cette comparaison est bien sûr caricaturale, elle n'en dessine pas moins une évolution lente mais profonde. L'Union européenne se trouve placée entre deux puissances qui s'inscrivent dans une logique impériale, schématiquement la Russie au nord et la Turquie au sud. L'histoire modèle les rêves, elle façonne aussi les réalités d'aujourd'hui.

De ce point de vue, la réflexion juridique ne peut ignorer le contexte géopolitique dans lequel elle s'inscrit. Il convient d'abord de s'interroger sur les risques auxquels conduit l'affaiblissement des États. Ces derniers se constituent autour d'une culture et de traditions communes, la constitution de grands ensembles, visant à substituer à ces racines une culture commune parfois artificielle, est un facteur de déstabilisation. Il convient également de prendre en compte le fait que dans le monde tel qu'il est tant sur le plan économique que sur le plan militaire, l'union d'États réunis par des intérêts et une idéologie communs est une nécessité vitale. La perte d'identité comme le repli identitaire représentent deux dangers majeurs.

B/ Le droit « naturel » des droits fondamentaux contre la logique étatique

L'identification des valeurs aux seuls droits fondamentaux, leur prétention à l'universalisme, engendrent deux effets qui affaiblissent le concept même de valeur nationale. D'une part ces droits fondamentaux sont très largement définis, ou interprétés, mais cela revient presque au même, par des structures supra nationales de nature juridictionnelle, voire par des organisations non gouvernementales. En ce sens les cours constitutionnelles, gardiennes des valeurs nationales exprimées par les Constitutions, se plient, implicitement ou explicitement, aux interprétations déterminées par des organes supra nationaux. D'autre part ces droits sont presque exclusivement des droits individuels. Or si le citoyen dispose de droits et devoirs qui le rattachent à son pays, l'homme est universel et ses droits individuels sont conçus comme échappant aux frontières nationales. La notion d'intérêt général, renvoyant à l'existence de devoirs, exprimant les valeurs communes exprimées par la Constitution est contestée, l'arbitrage étant pour l'essentiel réalisé entre des droits individuels, des droits d'individus sans appartenance, sans histoire, sans Patrie. On relèvera d'ailleurs que cette évolution qui isole l'individu et détruit le cadre social engendre en retour des revendications et des restructurations communautaristes, tout autant dangereuses et facteurs de dilution pour la structure étatique.

D'un autre point de vue ces droits fondamentaux, qui irriguent l'ensemble des systèmes juridiques et l'ensemble des branches du droit, constituent une forme contemporaine de droit naturel, entrant en concurrence avec le principe démocratique. Incidemment, cette conception des droits fondamentaux comme substitut à la religion pourrait expliquer les critiques adressées à des États qui, conformément à leur tradition, inscrivent une référence religieuse dans leur Constitution. Ces références s'inscrivent ainsi, aux yeux de leurs contempteurs, dans un système concurrent de celui des droits fondamentaux.

C/ Le principe démocratique concurrencé

Le concept de démocratie est aujourd'hui utilisé avec un manque de rigueur évident. Portant une forte charge idéologique, il renvoie dans le langage courant, voire dans celui du droit de l'Union européenne, à un agrégat de concepts aussi différents que l'État de droit, la protection des droits fondamentaux. Or ces différents concepts mis en pratique sont susceptibles d'entrer en conflit. La démocratie implique le respect de la volonté du Peuple s'exprimant par la voie majoritaire, elle n'implique en elle même ni le respect des droits fondamentaux, ni la limitation du pouvoir. Dans un système ordonné autour des droits fondamentaux, le procès en non respect de la démocratie, s'appuie d'abord sur une grande méfiance à l'égard du peuple. Le système politique contemporain dans les États occidentaux, notamment, pour des raisons qu'il serait trop long d'expliquer ici, est un système essentiellement oligarchique. De ce point de vue, l'expression du Peuple doit être canalisée, elle n'est pas en soi et par principe légitime. Le principe de légitimité s'est ainsi déplacé. S'agissant de l'organisation politique, c'est plus du côté du libéralisme que de la démocratie qu'il convient de chercher ses fondements. Indépendamment de tout jugement de valeurs, dont le juriste ferait bien parfois de se départir, même s'il peut les exprimer en tant que citoyen, la démocratie n'est plus aujourd'hui que l'un des fondements des sociétés contemporaines. S'inscrivant dans la logique révélée par Montesquieu selon lequel « qui a du pouvoir a tendance à en abuser et (que) seul le pouvoir arrête le pouvoir », le pouvoir démocratique, c'est-à-dire le pouvoir politique, est arrêté par le pouvoir judiciaire, par le pouvoir transnational, par le

pouvoir économique. Cette réalité qu'il convient selon moi de constater présente en l'état plusieurs faiblesses. La première tient au fait que cette évolution est masquée aux citoyens à qui l'on fait croire que l'on s'inscrit toujours dans le cadre exclusif de la démocratie. La deuxième tient au fait que la légitimation de ces pouvoirs, contrepoids au pouvoir démocratique, est pour le moins incertaine. La troisième tient au fait que les contre pouvoirs ne doivent pas devenir plus puissants que les pouvoirs, autrement dit le pouvoir de contrôler et d'empêcher ne doit pas paralyser le pouvoir de décider et d'agir.

À partir de ces remarques très générales, qui en elles-mêmes et par leur présentation manquant de précisions méritent bien des discussions, je voudrais envisager plus précisément quelques questions propres à la construction et au développement des ordres juridiques européens, notamment celui de l'Union, qui constituent le cadre dans lequel s'inscrivent nos échanges.

II. De quelques incidences de la construction d'ordres juridiques européens¹²

J'aborderai rapidement trois thèmes qui caractérisent la construction européenne. Il s'agit d'une appréciation qui se veut objective et qui ne porte en elle-même aucun jugement critique :

- L'Union européenne s'inscrit dans une logique qui relève à la fois de la construction d'un ordre juridique international et de la construction d'un ordre juridique constitutionnel. Elle s'écarte cependant de deux concepts propres à l'ordre juridique national : la démocratie et la souveraineté ;
- La construction européenne marque une montée en puissance du juge, ce qui constitue une évolution fondamentale de la séparation des pouvoirs au sein des systèmes juridiques ;
- La construction européenne témoigne de la nécessité d'une réflexion sur la distinction entre les valeurs relevant de l'identité

12 Cf. sur ces questions, MATHIEU (B.), *Constitution : rien ne bouge et tout change*, Lextenso, 2013, 191 p..

constitutionnelle des États et celles communes à l'ordre juridique supranational.

A/ L'Union européenne : un ordre juridique qui fait l'économie du concept de souveraineté et ne se construit pas sur un fondement démocratique

Si l'Europe n'a pas encore de véritable « Constitution », sa transformation en une société politique et en un ordre juridique doté de règles d'organisation, de fonctionnement et d'un système de valeurs communes en fait incontestablement un objet du droit constitutionnel contemporain. Elle présente cependant deux caractéristiques qui la séparent d'un ordre juridique étatique.

1. L'Union européenne n'est pas un ordre juridique souverain

Le lien entre État et Constitution s'explique par le fait que l'État est considéré comme souverain, et donc qu'il a le monopole de l'édition de règles générales et inconditionnées. Au sein de l'État, le titulaire de la souveraineté qu'est le Peuple, dans une démocratie, est l'auteur de la Constitution, norme d'où procèdent à la fois les pouvoirs exercés au sein de l'État et les normes qui sont produites.

L'Union européenne peut être considérée comme dotée d'une Constitution matérielle. En effet, elle s'est vue attribuer des compétences qui relèvent par nature des États, des compétences régaliennes, par exemple le fait de battre monnaie et ces abandons de compétences relevant de la souveraineté nationale ont exigé la modification des Constitutions nationales. Cependant, l'Union européenne n'est pas un ordre juridique constitutionnel au sens normatif du terme. C'est en fait l'absence de souveraineté de cette entité politique qui prive le Traité de l'Union européenne de sa nature constitutionnelle. En effet, la « Constitution » européenne ne peut être considérée comme la norme qui confère sa validité aux autres normes. En témoigne essentiellement le fait que le droit communautaire, dans nombre de droits nationaux, prévaut sur la loi nationale non pas en vertu de la norme communautaire, mais de la

norme constitutionnelle nationale. L'absence de souveraineté de l'Union se traduit également par le fait que ce nouvel ordre juridique ne peut s'auto-réformer, l'accord de l'ensemble des États, se manifestant par un Traité, conditionne la révision de ses règles fondamentales.

2. La construction européenne et la démocratie : un rapport ambigu

La construction européenne manifeste la création d'un ordre juridique dont les fondements ne sont pas démocratiques, mais reposent sur les États. Au terme de démocratie est attaché une forte connotation idéologique. Le postulat étant posé qu'il n'y a d'ordre juridique légitime que démocratique, l'Union européenne se doit d'être démocratique afin d'être légitime. L'affirmation selon laquelle l'Union européenne aurait un fondement démocratique repose en fait sur le caractère démocratique des États qui la composent et laisse pendante la question de la légitimité de l'ordre juridique européen, non pas la réalité de cette légitimité, mais sa nature. Le Traité accorde une place spécifique à la démocratie, distincte à la fois de la légitimité substantielle que représente l'affirmation de droits et de la légitimité à la fois procédurale et substantielle que représente l'État de droit. Ainsi l'article 2 du Traité sur l'Union européenne stipule que l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme ainsi que de l'État de droit.

De ce point de vue le Parlement européen, seul organe de l'Union à avoir un fondement démocratique au sens traditionnel du terme, est investi d'une fonction légitimante dont rendent imparfaitement compte tant ses compétences que sa place dans l'architecture institutionnelle de l'Union européenne.

En réalité, le principe démocratique joue deux fonctions différentes qu'il convient de distinguer. C'est d'abord un principe légitimant. Il renvoie alors aux fondements de l'ordre juridique et à la question de la souveraineté, entendue comme principe de légitimité. Le principe démocratique concerne également la manière dont les décisions sont prises.

Il renvoie en ce sens à une technique décisionnelle visant à l'acceptation des décisions prises par leurs destinataires¹³.

Du premier de ces points de vue il est indéniable que la constitutionnalisation de l'Union européenne ne s'opère pas selon un processus démocratique. Certes, le Peuple, ou ses représentants, est intervenu à la fois pour autoriser la ratification des Traités européens et opérer les modifications induites des Constitutions nationales, mais ce sont les citoyens nationaux, ou leurs représentants qui se sont prononcés. Les citoyens de l'Union tels qu'ils sont reconnus par les Traités ou les droits nationaux n'ont aucune part à ce processus.

Si l'on admet que les États et les citoyens européens sont les deux éléments constitutifs de l'Union, l'on observe que seuls les États sont les acteurs du processus constitutionnel. Or la constitution d'un groupement d'États fondé sur les règles du droit international est étrangère au modèle démocratique.

Plus profondément la question de l'existence même d'un Peuple européen doit être posée. De manière volontariste les Traités communautaires et un certain nombre de Constitutions nationales ont affirmé l'existence d'un citoyen européen. Cette qualité est le corollaire de la qualité de citoyen d'un État membre. Elle ne présente au regard de la citoyenneté nationale aucune autonomie. Mais en toute hypothèse ces citoyens qui bénéficient de protections spécifiques et de facultés d'intervention, limitées, dans le jeu institutionnel européen, ne constituent pas un Peuple souverain.

Cette constatation étant faite, deux questions se posent. La première vise à déterminer si cette origine non démocratique du pouvoir constituant implique le caractère non démocratique de l'ordre juridique ainsi établi. La seconde conduit à s'interroger sur le point de savoir si la démocratie est une condition nécessaire à la reconnaissance d'un ordre juridique constitutionnel. De ce dernier point de vue, il n'est pas évident que cette absence de caractère démocratique de l'ordre juridique communautaire fasse obstacle à la reconnaissance de son caractère constitutionnel. Si la souveraineté du Peuple et le droit d'autodétermination du Peuple sont « consubstantiels à la démocratie constitutionnelle, forme

13 Cf. en ce sens ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique*, Seuil, 2008, 384 p..

contemporaine de l'État »¹⁴, la démocratie n'est pas consubstantielle à l'État, et encore moins à toute société politique.

En fait la légitimité de l'Union européenne est multiple, elle est fondée, par exemple, tant sur le caractère démocratique des États membres que sur l'exercice de la démocratie au sein de l'Union et sur la notion d'acquis communautaires¹⁵.

B/ La montée en puissance du juge : régulateur des relations entre les ordres juridiques

Dans l'espace européen, la montée en puissance du juge résulte, notamment, de deux phénomènes : le développement d'un droit dans lequel les droits fondamentaux occupent une place privilégiée et le développement d'une nouvelle fonction attribuée au juge : celle de régulateur des rapports entre les ordres juridiques.

Du premier de ces points de vue, les droits fondamentaux représentent un système de valeurs qui tend à s'imposer, comme il a été dit, à l'expression même de la volonté du Peuple ou de ses représentants. Ainsi le juge, gardien de ces droits, s'inscrit dans une légitimité concurrente de celle portée par la démocratie politique. Par ailleurs, alors que la formulation de ces droits est nécessairement générale et leur contenu plus idéologique, le rôle de leur interprète qu'est le juge ne peut qu'en être renforcé. La plasticité du droit des droits fondamentaux opère de ce point de vue au profit du renforcement du pouvoir du juge.

Du second de ces points de vue, si le rapport entre les normes juridiques, à l'intérieur d'un ordre juridique, obéit essentiellement à un système hiérarchique, la confrontation des normes issues de systèmes juridiques différents obéit à d'autres logiques. Les rapports entre deux normes peuvent ne pas être identiques dans deux ordres juridiques différents. Ainsi, en France, le juge constitutionnel, comme le juge administratif, ont reconnu la pluralité des ordres juridiques et la pluralité des

14 BEAUD (O.), « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht », *RFDA*, 1993, p. 1048.

15 Pour une appréciation de cette nature cf. TIMSIT (G.), intervention au GEDP, septembre 2003, REDP.

hiérarchies. C'est alors aux juges qu'il appartient de réguler ces rapports entre normes qui ne s'imposent plus à eux de manière évidente. Cette régulation s'opère essentiellement par un lissage visant à éviter la réalisation des conflits et des blocages que cette pluralité de hiérarchies appliquée rigoureusement ne manquerait pas de créer.

Cependant, il faut bien constater qu'au-delà de son rôle fondateur qui la place nécessairement au sommet de la hiérarchie des normes nationales, la Constitution se trouve subordonnée dans le cadre de ce que l'on pourrait appeler une hiérarchie pratique ou opérationnelle, qui se différencie de la hiérarchie théorique ou de principe, sans la remettre en cause.

Par ailleurs, le pouvoir créatif de la Cour européenne des droits de l'homme se manifeste par bien des logiques, notamment la volonté d'adapter le droit à ce qu'elle considère être les évolutions (souhaitables) de la société et la reconnaissance de droits non inscrits dans la Convention.

De ce dernier point de vue, la Cour considère qu'elle doit prendre en compte toute règle pertinente du droit international applicable aux relations entre les parties contractantes pour interpréter les droits et libertés reconnus par la Convention qui n'est pas l'unique cadre de référence. Toutes les sources formelles du droit international, instruments conventionnels ou non, principes généraux reconnus par les Nations civilisées, *jus cogens*, décisions de juridictions internationales, ou d'organes non juridictionnels, avis ou recommandations de comités d'experts, sources du droit européen qu'elles soient ou non contraignantes, tant la production normative que la *soft law*, constituent une large palette, un réseau normatif dont elle définit le périmètre selon la question en cause. En fait, on peut y voir la volonté de forger une société sécurisée par un « hyper-juridisme faisant contrepoids à une identité politique faible »¹⁶. C'est alors la force du juge qui compense la faiblesse du politique.

16 Cf. DEL VALLE (A.), *Le complexe occidental*, Toucan, 2014, p. 86.

C/ La difficile ligne de partage entre patrimoine constitutionnel national et patrimoine européen commun

L'ensemble de ces questions renvoie à un débat qui est essentiel, qui est au cœur de notre rencontre. Il est souvent écarté pour des raisons idéologiques, c'est celui du rapport entre les identités nationales et l'identité commune européenne. Il nous semble que le renforcement, nécessaire, de la construction européenne ne sera effectif et accepté qu'au prix d'un débat sur ces questions, d'une application du principe de subsidiarité et d'une réserve des juges européens sur ce qui intéresse les identités, notamment historiques et culturelles des États. De ce point de vue le concept de principes inhérents à l'identité constitutionnelle (cf. Conseil constitutionnel, décis. 2006-540 DC) devrait avoir vocation à s'appliquer dans le cadre des relations entre le droit constitutionnel et celui de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans le cadre de l'application du droit de l'Union européenne, ce principe justifie, selon le Conseil constitutionnel, que soit écarté le principe selon lequel il ne contrôle pas la constitutionnalité des dispositions législatives qui transposent exactement et nécessairement une directive européenne. En effet cette transposition résulte d'une exigence constitutionnelle sauf si elle heurte un principe inhérent à l'identité nationale.

La nécessité d'opérer une distinction entre les principes relevant de l'ordre constitutionnel national et ceux relevant du patrimoine commun européen s'impose. Comme le relève le Vice-président du Conseil d'État, Jean-Marc Sauvé, la Constitution exprime le lien indissoluble entre le passé d'une société et l'avenir qu'elle veut se donner, elle exprime aussi un lien entre le particulier et l'universel. De ce point de vue la Déclaration de 1789 en ce qu'elle reconnaît des droits de l'homme et des droits appartenant aux citoyens, qu'elle distingue dans le corps du texte, rend compte de cette dualité. On relèvera, par ailleurs, que la Cour de justice de l'Union européenne a, elle-même, dans son avis 2/13 du 18 décembre 2014, opposé à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme sa propre identité en précisant que « la circonstance que l'Union est dotée d'un ordre juridique d'un genre nouveau, ayant une nature qui lui est spécifique, un cadre constitutionnel et des principes fondateurs qui lui sont propres, une structure institutionnelle particulièrement élaborée ainsi qu'un ensemble complet de

règles juridiques qui en assurent le fonctionnement, entraîne des conséquences en ce qui concerne la procédure et les conditions d'une adhésion à la CEDH ».

La réalité nationale ne peut être passée par pertes et profits. On ne peut construire artificiellement une identité européenne se substituant aux identités nationales sans couper le Peuple de l'Europe. On peut admettre que « L'identité nationale est la représentation que chaque État nation se fait de lui même, des autres, du système international et de sa place dans ce système »¹⁷. Il convient alors de considérer qu'entre l'aspiration à l'universel et la multiplication des micro identités (régionales, sexuelles, religieuses, etc.), l'identité nationale a du mal à trouver sa place. Plus largement cette identité est contestée dans son existence même, alors que d'autres identités sont, elles, valorisées... C'est probablement là que l'on peut trouver un témoignage de la crise de l'État nation.

17 BULHER (P.), *La puissance au XXI^{ème} siècle*, CNRD éd., 2012, p. 102.